
HOF VAN BEROEP GENT 22 MAART 2004

MERKEN**Onderscheidend vermogen – Soortgelijkheid tussen producten – Territoriale draagwijdte van het verbod – Schadevergoeding**

Een teken heeft onderscheidend vermogen wanneer de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument niet onmiddellijk en zonder verder nadenken een concreet en rechtstreeks verband legt tussen het teken en het product waarvoor het merk is gedeponeerd.

Het onderscheidend vermogen van een merk is geen constante grootte, maar is aan verandering onderhevig. De sterkte van een merk dient beoordeeld te worden op het ogenblik dat de aangeklaagde inbreuk een aanvang nam.

Snoepgoed en automaten ter verdeling van snoepgoed zijn soortgelijk: zij hebben dezelfde doelgroep (snoepkopers) en bestrijken geen gescheiden markten.

Het stilzitten van de namaker noch de beweerde onbekendheid van het nagemaakte merk in België vormen een rechtsgeldige grond voor een beperking van het gebruiksverbod tot een bepaald gebied van de Benelux.

Om te worden vergoed moet de werkelijk geleden schade worden bewezen. Facturen van een merkengemachtigde voor de bestrijding van de merkinbreuk komen in aanmerking. Bij gebreke van concrete bewijzen voor schade door verwatering en onrechtmatig verkregen winsten wordt dit deel van de schade ex aequo et bono geraamd.

MARQUES**Caractère distinctif – Similitude des produits – Portée territoriale de l'interdiction – Dommages et intérêts**

Un signe a un caractère distinctif lorsque le consommateur ordinaire moyennement informé, prudent et attentif ne fait pas immédiatement et sans plus de réflexion un lien concret et direct entre le signe et le produit pour lequel la marque est déposée.

Le caractère distinctif d'une marque n'est pas une valeur constante, mais elle est susceptible de modification. La force d'une marque doit s'apprécier au moment où l'infraction attaquée a commencé.

Les friandises et les distributeurs automatiques de friandises ont des similitudes: elles ont le même groupe cible (les acheteurs de friandises) et elles n'atteignent pas des marchés distincts.

Ni l'inactivité du contrefacteur ni le caractère prétendument inconnu de la marque contrefaite en Belgique ne constituent une base légitime pour une limitation de l'interdiction d'utilisation à un certain territoire du Benelux.

Pour être indemnisé, le dommage effectivement subi doit être prouvé. Les factures d'un mandataire de marques pour avoir combattu l'infraction à la marque entrent en ligne de compte. À défaut de preuves concrètes du dommage pour la dilution et les bénéfices illégitimement acquis, cette partie du dommage est évaluée ex aequo et bono.

Vennootschap naar Nederlands recht W.I. Verduijn BV/Elaut NV

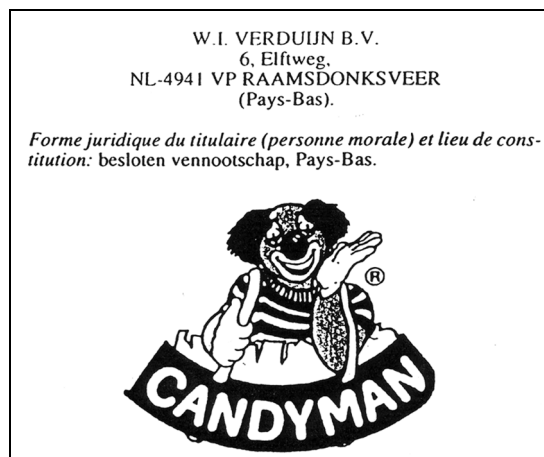
Zet.: D. Floren (waarnemend voorzitter), F. Deschoolmeester en G. Vanderstichele (raadsheren)

Pl.: Mrs. Luc De Corte en Karin Ottelohe

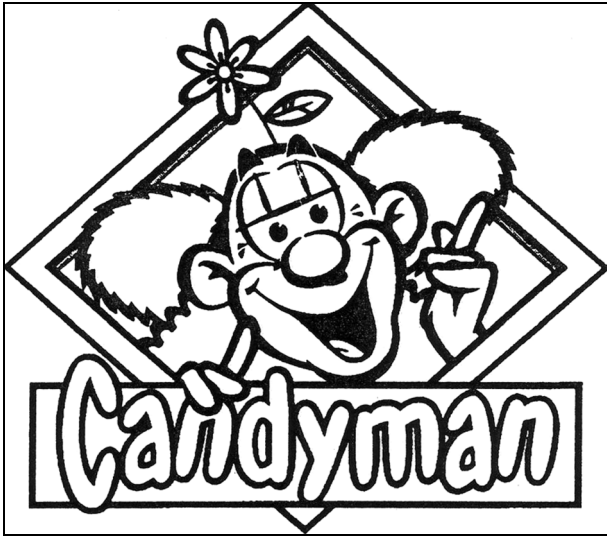
(...)

1. Feiten en procedure in eerste aanleg

1. Appellante is houder en gebruiker van het Beneluxwoordmerk "Candyman" sedert 6 december 1991 en van het hieronder afgebeelde beeldmerk voor de klasse 30 sedert 31 januari 1996 (banketbakers- en suikerbakkerswaren, suikerwerken) (stukken 1 en 2 van haar dossier):



In 1996 registreerde zij dit beeldmerk ook internationaal (stuk 3 van haar dossier). Bij de verlenging in 2001 werd het beeld als volgt gewijzigd (stuk 4 van hetzelfde dossier):



Uit de verschillende stukken met nummer 5 van haar dossier blijkt dat appellante op de snoepverpakkingen ook nog andere afbeeldingen van clowns gebruikt in combinatie met het woord “Candyman” (al dan niet gesplitst en onder elkaar (geschreven)).

Uit de stukken 5 kan opgemaakt worden dat appellante in elk geval reeds in 1990 gebruik maakte van het woord “Candyman” (prijzlijst 1990 op p. 8 en 9).

2. Geïntimeerde (hierna ook “Elaut”) biedt automaten aan waarin snoep te koop aangeboden wordt. Bovenaan staat het woord “Candyman” geschreven (de spatie tussen de “y” en de “m” is iets groter dan tussen de andere letters), zoals hierna afgebeeld (stuk 2 van het dossier van geïntimeerde):

Deze uitbeelding van het woord “CandyMan” is pas sedert augustus 2001 in gebruik.

Tot dan gebruikte geïntimeerde de tekens opgenomen onder stuk 6a van het dossier van appellante.

In 1994 verkocht geïntimeerde reeds een “grijskraan Candy Man” (stukken 1 en 41a tot s van haar dossier).

Geïntimeerde maakt zelf reclame met het kinderlijk ogende aspect van haar toestel (“childlike look” – stuk 2 van haar dossier).

3. Vanaf 20 december 2000 is er heel wat briefwisseling tussen partijen (stukken 7 van het dossier van appellante), waarbij geïntimeerde zich op 26 juni 2001 bereid verklaart om voor de toekomst af te zien van het gebruik van de aanduiding “Candy Man” op haar automaten. Zij is tevens bereid om haar cliënteel stickers toe te sturen die op de reeds verkochte apparaten moeten aangebracht worden (stuk 7.8 van hetzelfde dossier).



4. Partijen bereiken geen vergelijk en huidige appellante dagvaardt.

De eerste rechter:

– stelde vast dat Elaut een inbreuk pleegde op artikel 13, a, 1, b, van de Eenvormige Beneluxwet op de Merken (Beneluxverdrag van 19 maart 1962, goedgekeurd bij Wet van 30 juni 1969, zoals achteraf aangevuld en gewijzigd – hierna BMW) door het gebruik van het woord “Candyman” op de snoepverdelers die zij op de markt brengt;

– veroordeelde Elaut elk gebruik en elke verwijzing naar de merknaam in de Benelux stop te zetten, op welke wijzen dan ook, op straffe van een dwangsom van € 2.500,00 per inbreuk op het verbod vanaf de 14de dag na betekening van het vonnis en zei voor recht dat dit verbod enkel gold voor de snoepverdelers die Elaut in de toekomst op de markt zou brengen;

– veroordeelde Elaut tot betaling van de kosten;

– wees het meer gevorderde af.

II. Procedure in hoger beroep – grieven

5. Appellante roept twee grieven in:

1) de motivering van de eerste rechter om de vordering tot terugname bij derden van de snoepautomaten teneinde het opschrift te veranderen, af te wijzen, is gebaseerd op in feite en in rechte verkeerde motieven. Deze motivering bestond in het feit dat appellante van 1994 tot 2000 zou gewacht hebben om geïntimeerde in gebreke te stellen voor de inbreuk op haar merk;

2) de motivering van de eerste rechter om de vordering tot schadevergoeding (met aanstelling van een deskundige) af te wijzen is onjuist. Er zou niet vereist zijn dat appellante aan toont dat zij in België een substantieel marktaandeel bezit om een schadevergoeding te ontvangen.

6. Elaut stelt in hoger beroep een tegenvordering in tot veroordeling van appellante tot betaling van een schadevergoeding van € 5.000 ter vergoeding van de kosten die zij gehad heeft om gevolg te geven aan het bij voorraad uitvoerbaar verklaarde bestreden vonnis, in geval geoordeeld zou worden dat zij geen merkinbreuk beging.

In het overwegend gedeelte van haar conclusie van 31 december 2003 stelt geïntimeerde ook incidenteel beroep in “tegen het onderdeel van het vonnis a quo waar de Eerste Rechter geoordeeld heeft dat er merkinbreuk voorhanden was” (r.o. 8, p. 7).

III. Beoordeling

7. Toepassing van artikel 747, § 2, Ger.W.

Deze zaak werd vastgesteld op grond van artikel 747, § 2 Ger.W. Bij toepassing van dat artikel worden – op verzoek van de partijen – alle conclusies, die na 31 december 2003 neergelegd werden, uit de debatten geweerd.

8. Ter zitting delen partijen mee dat de betwisting zich beperkt tot een inbreuk op het woordmerk.

9. Bezit het woordteken “Candyman” een onderscheidend vermogen?

In de eerste plaats dient de vraag beslecht te worden of het merk, dat appellante deponeerde, een onderscheidend karakter heeft. Concreet rijst de vraag of het woord “Candyman” onderscheidend is.

De wezenlijke functie van een merk is daarin gelegen dat aan de consument of de eindgebruiker met betrekking tot de gemerkte waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, zodanig dat hij deze, zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst, kan onderscheiden (H.v.J. 11 november 1997, C-251/95, *Sabel*, www.europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl; H.v.J. 29 september 1998, C-39/97, *Cannon*, www.europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl).

Op grond van artikel 1, lid 1 van de BMW is een merk een teken dat kan dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden, dit wil volgens de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof zeggen: dat een zodanig individueel karakter

bezit of heeft verkregen dat het geschikt is die waar van soortgelijke waren te onderscheiden en zijn herkomst uit een bepaalde onderneming genoegzaam te demonstreren. Het teken moet geschikt zijn om als zodanig door het publiek te worden opgemerkt en herkend, opdat er van een merk sprake zou kunnen zijn (Benelux Hof 16 december 1991, *Burberrys/Bossy*, R.W. 1991-92, 742, randnummers 18 en 21; J.T. 1992, 617, met noot DE VISSCHER).

De essentiële functie van een merk is de identificatie van een onderneming (H.v.J. 4 mei 1999, *Windsurfing Chiemsee/Huber*, I.R. D.I. 2000, 233, randnummer 46). Het merk moet de herkomst van de waar of de dienst aangeven zodat de consument die de door het merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door het merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, in geval van een positieve ervaring, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken (Gerecht van Eerste Aanleg E.G. 25 september 2002, *Viking-Umwelttechnik/BHIM*, randnummer 25, geciteerd in F. GOTZEN en M. CARLY, “Overzicht van rechtspraak merkenrecht 1990-2002”, T.P.R. 2002, nr. 40).

Anderzijds verleent een merk de merkhouders bescherming van de goodwill en heeft het merk een publiciteitsfunctie (T. VAN INNIS, *Les signes distinctifs*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1997, nrs. 519 en 519).

Niet onderscheidend zijn tekens die inherent elk onderscheidend vermogen missen of die uitsluitend bestaan in beschrijvende tekens of die uitsluitend bestaan uit generieke of in de handel gebruikelijke tekens.

In het voorliggende geval is het hof van oordeel dat “Candyman” voldoende onderscheidend vermogen bezit; de consument heeft voldoende waarborgen om voor het snoepgoed, verkocht onder de naam “Candyman”, zonder gevaar voor verwarring, waaronder de mogelijkheid van associatie, de identiteit van de oorsprong, met name appellante, terug te vinden. Bij het horen of lezen van “Candyman” wordt niet onmiddellijk en zonder verder nadenken een concreet en rechtstreeks verband gelegd tussen dit woord en snoepgoed in het algemeen. De consument denkt niet automatisch aan gelijk welk snoepgoed. Het betreft hier de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. De aard van de waren, snoepgoed en een automaat ter verdeling van snoepgoed, laat snel verwarring toe.

Het teken is niet louter beschrijvend (cf. ook “Baby-dry”, zie H.v.J. 20 september 2001, *Baby-dry*, Ing.-Cons. 2001, 511) en bestaat evenmin uit generieke of in de handel gebruikelijke tekens.

10. Het onderscheidend vermogen kan sterker of zwakker worden: in- en uitburgering.

Het onderscheidend vermogen van een merk is geen constante grootheid, maar is aan verandering onderhevig (Benelux Hof 5 oktober 1982, *Wrigley/Benzon (Juicy Fruit)*, R.W.

1982-83, 1299). De sterkte van een merk moet beoordeeld worden op het ogenblik dat de aangeklaagde inbreuk een aanvang nam (Benelux Hof 13 december 1994, *Motores/Hody (Quick)*, J.T. 1995, 2995, 294, met noot A. BRAUN).

Een aanvankelijk nietszeggend teken kan door intensief gebruik en reclame zodanig bij de tussenhandel en de consumenten worden ingeprent dat het stilaan voldoende onderscheidend vermogen verwerft. Op die manier kan een teken, dat voor of bij het depot nog banaal is, tot een geldig merk uitgroeien (Benelux Hof 9 februari 1977, *Centrafarm/Beecham*, BMM Bull. 1977, p. 73; 9 maart 1977, *Application des Gaz*, BMM Bull. 1977, p. 259 en 19 januari 1981, *Ferrero/Ritter*, Jur. 1980-81, p. 69).

Omgekeerd kan een feitelijk verlies aan onderscheidend vermogen optreden. De vraag is of dit tot verval van het merkrecht en de eraan verbonden bescherming kan leiden.

Geïntimeerde beroept zich op rechtsverwerking in hoofde van appellante. Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel van rechtsverwerking (Cass. 6 november 1997, www.cass.be/cgi_juris/jurn.pl).

Geen enkel element uit de neergelegde dossiers laat toe te besluiten dat "Candyman" tot een soortnaam verworpen zou zijn, in het gewone taalgebruik, noch in het handelsverkeer, niet in 1994 en ook nadien niet.

Er zijn ook geen aanwijzingen dat appellante een dusdanige houding zou aangenomen hebben dat "Candyman" niet meer naar haar zou verwijzen.

Het merk "The Belgian Candyman" werd ingediend op 2 maart 2001, geregistreerd op 22 april 2002 en is geldig tot 2 april 2011 (stuk 33 van het dossier van geïntimeerde). Geen enkel element uit de dossiers wijst op een houding van appellante die zou bijdragen tot de verwatering van haar merk. Zelfs indien zij tot op heden niet zou zijn opgetreden tegen deze merkhouder of geen afspraak zou gemaakt hebben met deze merkhouder, dan nog is dit in het voorliggende geval niet voldoende om tot het verval van het merk van appellante te besluiten. Minstens is de periode van bestaan van dit andere merk in deze zaak te kort.

Hetzelfde geldt voor de twee domeinnamen waarnaar geïntimeerde verwijst (stukken 34 en 35 van haar dossier).

Ook de overige merknamen, waarnaar geïntimeerde op p. 26 van haar conclusie verwijst (waarvan een aantal van een latere datum zijn) verschillen auditief en visueel voldoende van het merk van geïntimeerde, opdat er niet van verwatering, verzwakking of verlies van onderscheidend vermogen sprake kan zijn in het voorliggende geval.

In het normale taalgebruik is "Candyman" nog steeds niet de gebruikelijke naam geworden voor de waren van klasse 30.

Het feit dat appellante gedurende een aantal jaren, tussen het op de markt brengen van een grijpkraan "Candy Man" in 1994 en het protesteren in 2000, niet (schriftelijk) geprotes-

teerd heeft tegen het gebruik van het nagenoeg identieke teken, verandert niets aan het bovenstaande. Immers, er is niet aangetoond dat de grijpkraan hetzelfde of een voldoende gelijkend object is als de automaat zoals geïntimeerde die in 2000 en thans voorstelt. Bovendien is niet aangetoond welke verspreiding de grijpkraan precies kende. Verder was het niet-reageren niet omstandig. Uit een louter stilzitten kan geen instemming (en dus geen verzwakking) afgeleid worden.

11. Er wordt niet aangetoond dat een identiek of in hoofdzaak overeenstemmend teken *eerder* zou zijn gedeponneerd of in bepaalde voorwaarden gebruikt. De oudere merken waarnaar geïntimeerde op p. 26 van haar conclusie verwijst, zijn voldoende auditief en visueel onderscheiden van het merk van appellante.

12. Er is geen betwisting dat er in het voorliggende geval van het merk en het teken *gebruik* gemaakt wordt *in het economisch verkeer*.

13. "Candyman" en "Candy Man" zijn overeenstemmende tekens omdat er tussen de twee tekens *verwarring* kan ontstaan bij het publiek. Auditief zijn de tekens gelijk. Ook wat de betekenis betreft, zijn teken en merk identiek. Visueel is de splitsing in twee woorden, die geïntimeerde doorvoerde, onvoldoende om het risico op verwarring weg te nemen. Het is mogelijk dat het publiek bij het zien van de snoepautomaat van geïntimeerde met het teken "Candy Man" dit associeert met het woordmerk "Candyman" waaronder appellante snoepgoed verkoopt en derhalve verkeerdelijk in de mening kan verkeren dat "Candy Man" een product van appellante is (cf. H.v.J. 29 september 1998, *Canon/MGM, I.R. D.I.* 1998, p. 362, r.o. 26).

Geïntimeerde poneert dat de totaalindruk van haar producten verschilt van die van appellantes producten. Geïntimeerde verwacht het woordmerk en de indruk dat dat maakt met de waren waarvoor het woordmerk gedeponneerd werd. Ingeval een automaat met een snoepzakje vergeleken wordt, is de globale indruk volledig verschillend. In deze zaak gaat het evenwel om het gebruik van het woordmerk "Candy Man" en van het teken "Candyman". Voor de soortgelijkheid van de waren wordt verwezen naar randnummer 14.

De gelijkenis tussen "Candy Man" en "Candyman" is dermate groot, dat er sprake is van een inbreuk in de zin van artikel 13, A, 1, b, BMW, zelfs indien "Candyman" geen sterk of zelfs een zwak merk zou zijn op het ogenblik dat geïntimeerde haar snoepgoedautomaat op de markt bracht.

Een concreet bewijs van verwarring tussen "Candy Man" en "Candyman" dient niet bijgebracht te worden opdat er van een inbreuk sprake zou zijn. Het verwarringsgevaar is voldoende en is in deze zaak afdoende bewezen.

14. In tegenstelling tot wat geïntimeerde argumenteert, vormen een snoepgoedautomaat "Candy Man", waarin snoep verkocht wordt, en snoepgoed "Candyman" wel *soortgelijke*

waren, nu het publiek de waren van geïntimeerde als naar hun aard verwant met de waren van appellante dreigt te beschouwen (cf. Cass. 25 oktober 2001, *Ing.-Cons.* 2002, 29). Het publiek riskeert in verwarring gebracht te worden over de herkomst van de “Candy Man” (cf. H.v.J. 29 september 1998, *Canon/MGM, I.R.D.I.* 1998, p. 362, r.o. 26; Benelux Hof 16 juni 1995, *Linguamatics/Polyglot, Ing.-Cons.* 1995, 243). Door het identieke auditieve en begripsmatige karakter en door de grote visuele gelijkenis is het risico zeer groot dat het publiek in de mening verkeert dat de snoepgoedautomaat “Candy Man” van appellante afkomstig is, wat evenwel niet zo is.

Het doelpubliek van geïntimeerde en appellante is uiteindelijk hetzelfde: snoepkopers. Het feit dat eventueel met tussenpersonen, zoals uitbaters van lunaparken of kermiskramers (die ten andere ook zelf snoep kunnen kopen) gewerkt zou worden, verandert niets aan de uiteindelijke doelgroep.

In elk geval toont geïntimeerde niet aan dat beide partijen gescheiden markten bewerken.

Zelfs indien er gescheiden afzetkanalen zouden zijn en zelfs indien appellante niet over een zeer sterk of een sterk merk zou beschikken, dan nog blijft er een rechtens voldoende risico op verwarring bestaan tussen de snoepgoedautomaat van geïntimeerde en het snoepgoed van appellante en blijft er een voldoende risico dat de automaat van geïntimeerde aanzien wordt als afkomstig van appellante.

15. Ten onrechte is geïntimeerde van mening dat er geen inbreuk kan zijn tegen het woordmerk van appellante, op grond van artikel 13, A, 1, b, BMW, omdat geïntimeerde “Candy Man” niet als merk zou gebruiken, maar enkel als aanduiding, als beschrijving van één van haar types automaten.

Immers, artikel 13, A, 1, b, BMW biedt de merkhouders de mogelijkheid om op te treden tegen elk gebruik dat in het economisch verkeer gemaakt wordt van een overeenstemmend teken voor waren die soortgelijk zijn aan deze waarvoor het teken is ingeschreven. Hiervoor werd reeds geoordeeld dat “Candy Man” een overeenstemmend teken is, dat voor soortgelijke waren wordt gebruikt als deze waarvoor “Candyman” werd gedeponeerd en ingeschreven.

Volgens geïntimeerde is het teken “Candy Man” enkel beschrijvend, wordt het niet als merk gebruikt en verwijst het dan ook niet naar de herkomst van de snoepgoedautomaat. *De facto* is dit niet juist. Door de wijze waarop het betwiste teken is aangebracht, komt het bij het publiek over als een merk. De intentie van geïntimeerde is in dit opzicht onvoldoende om te oordelen of er al dan niet een inbreuk is. Hoe dan ook bestaat er bij het publiek verwarringsgevaar (zie hiervoor).

Eveneens ten onrechte citeert geïntimeerde vrij uitvoering rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot een tweede merk en toevoegingen aan een teken of een merk. Immers,

deze rechtspraak en rechtsleer verschilt in feite ten opzichte van de voorliggende zaak. Bij de globale indruk valt het merk “Elaut” nauwelijks op; op het toestel van geïntimeerde primeert het woord “Candy Man”, dat op verschillende plaatsen op het toestel voorkomt.

16. Op grond van het voorgaande wordt vastgesteld dat het teken “Candy Man” een *inbreuk* maakt tegen het woordmerk “Candyman”, op grond van artikel 13, A, 1, b, BMW.

Het bestreden vonnis wordt bevestigd op dit onderdeel.

17. Op grond van het voorgaande is het geïntimeerde *verboden* het teken “Candy Man” in de Benelux te gebruiken.

Er is geen grond om dit verbod te beperken tot een bepaald gebied, nu de inbreuk is vastgesteld. Het (niet-omstandig, minstens niet-bewezen omstandig) stilzitten van appellante, de beweerde onbekendheid in België van het merk “Candyman”, noch het feit dat appellante snoep van een ander merk verkoopt in haar automaat, vormen een rechtsgeldige grond voor een beperking van het verbod.

Tevens dient geïntimeerde op de automaten die zij reeds op de markt bracht het teken “Candy Man” te *verwijderen* of op duurzame wijze te *vervangen* door een ander teken.

In geval van goede bedrijfsvoering van geïntimeerde en haar tussenpersonen kan het niet onmogelijk zijn de kopers van haar automaten te identificeren en hen een vervangend teken te bezorgen. Dit is des te meer het geval, nu geïntimeerde in het ontwerp van dading, dat weliswaar niet tot een overeenkomst tussen partijen geleid heeft, geen bezwaar geopperd heeft tegen de vervanging van het teken of in elk geval niet tegen de toevoeging van een woord aan het gebruikte teken. Hieruit blijkt de praktische haalbaarheid van de overlapping of een andere duurzame verwijdering en vervanging van het inbreukmakende teken.

Met betrekking tot de *schadevergoeding* moet appellante de werkelijkheid van de geleden schade bewijzen (cf. Bergen 6 december 1999, *T.B.H.* 2001, 240).

Onder stuk 13 brengt appellante vier facturen bij van de vergoeding aan haar merkgemachtigde voor de bestrijding van de merkinbreuk door geïntimeerde. Deze stukken komen gerechtvaardigd over en geïntimeerde dient bijgevolg een bedrag van € 9.687,40 te betalen, te vermeerderen met de gerechtelijke verwijlrenten vanaf 7 november 2003 tot aan de algehele betaling, aan de wettelijke intrestvoet.

De kost met betrekking tot de verwatering kan, bij gebrek aan concrete bewijzen van de omvang van de schade, in deze zaak *ex aequo et bono* op € 500 geraamd worden, te vermeerderen met de gerechtelijke verwijlrenten vanaf 7 november 2003 tot aan de algehele betaling, aan de wettelijke intrestvoet.

Ten slotte haalt appellante rechtspraak aan waarin de namerker veroordeeld wordt tot betaling van de onrechtmatig verkregen winsten aan de eigenaar van het nagemaakte product.

In het voorliggende geval gaat het om een merkinbreuk op grond van artikel 13, A, 1, b, BMW en niet om namaak. In deze zaak is, ook niet door het aanstellen van een deskundige, te becijferen welke winst geïntimeerde gemaakt heeft door het onrechtmatig gebruik van het teken "Candy Man" op haar snoepautomaten. Anderzijds staat de merkinbreuk vast en dient aangenomen te worden dat dit geïntimeerde een voordeel heeft opgeleverd. Een schadevergoeding van *ex aequo et bono* € 500 wordt toegekend, te vermeerderen met de gerechtelijke verwijlrenten vanaf 7 november 2003 tot aan de algehele betaling, aan de wettelijke intrestvoet.

18. Op grond van het voorgaande wordt het *incidenteel hoger beroep* van geïntimeerde verworpen.

19. Op grond van de artikelen 1042 en 1017 Ger.W. wordt geïntimeerde tot betaling van de *kosten* veroordeeld.

Om deze redenen,

Het hof,

(...)

Verklaart het hoger principaal en incidenteel beroep toelaatbaar doch enkel het principaal hoger beroep gegrond in de hierna volgende mate;

Bevestigt het bestreden vonnis, behalve in zoverre het het verbod tot gebruik van het betwiste teken enkel voor de toekomst oplegt en de vordering tot terugroeping en vervanging van het teken verwerpt en behalve in zoverre het de vordering tot aanstelling van een deskundige en betaling van een provisionele schadevergoeding verwerpt;

Beveelt dat geïntimeerde op al haar snoepgoedautomaten, die op welke wijze ook het inbreukmakende teken "Candy Man" dragen, het inbreukmakende teken "Candy Man" verwijderd wordt en/of op duurzame wijze vervangen wordt door een niet-inbreukmakend teken;

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling van de volgende schadevergoedingen aan appellante:

– € 9.687,40, te vermeerderen met de gerechtelijke verwijlrenten vanaf 7 november 2003 tot aan de algehele betaling, aan de wettelijke intrestvoet;

– 2 x € 500, beide te vermeerderen met de gerechtelijke verwijlrenten vanaf 7 november 2003 tot aan de algehele betaling, aan de wettelijke intrestvoet;

(...).